

憲法第21条とホームズ原則

大 谷 正 義

1.

日本国憲法第21条はいわゆる表現の自由を保障している。すなわち、集会・結社の自由および言論・出版その他一切の表現の自由は、憲法上、基本的人権としての保護をうけ得るのである。

ところで、憲法は他方において、一般的に基本的人権が公共の福祉のため制約され得ると解釈されるような表現の条項をもっているために、今日まで表現の自由をめぐる多くの問題が生じている。モデル小説事件にあらわれた名誉毀損との関係、チャタレー事件等にあらわれた文学・芸術とわいせつ問題、最近では公安条例と集団行動による表現の問題などがその代表的な類型である。また公務員の政治活動にたいする規制と表現の自由の関係も見のがし得ない問題である。

これらの諸問題をひとつひとつ採りあげることは本稿の目的ではない。それらに共通した問題として、資本主義社会における表現の自由の性格ないし機能はおよそ何であるか、したがってその限界はどういうところにあるか、を明らかにするため、若干の考察をこころみたい。

2.

民主制をたてまえとする現代国家にお

いて表現の自由のもつ意味は、思想・良心の自由とおなじく、もっとも基本的に重要と思われる。

表現の自由が保障される第1の理由はそれが政治機構としての民主制にとって不可欠の前提だからである。政治的意味におけるデモクラシーは国家意思の形成にたいする人民の参加を予定しているから、人民各自が信ずるところを自由に表現できることが絶対に必要となる。

第2の理由は政治的自由主義に由来する。各人は各人自身の主人である、とするリベラリズム思想は、平等とならんでデモクラシーの構成契機であり、政治的支配における自由として、自己支配を要求する。人の支配を排して法の支配を求めるゆえんである。そのために表現の自由がみとめられ、各人は自己の思想を多数者の思想たらしめる機会を保障されるのである。

表現の自由は哲学的基礎をもっている。相対主義的不可知論の思想である。社会において相競ういずれの思想が真理であるか、これを絶対的に決定することは不可能であり、国家といえどももとより例外ではないとする。「真理の最良の試金石は自由競争の市場において自己の真価を受け入れしめ得る思想の力である(Abrams v. United States)」したがって政

治的決定は多数決を原則とし、また、決定は絶対的ではあり得ず、常に一応の決定の性質をもつ。つまり今日の多数意見かならずしも明日の多数意見ならず、今日の少数意見かならずしも明日の少数意見ではない。してみれば少数者といえどもその思想および表現の自由はつねに保障されなければならないことになる。

このほか表現の自由を保障する政策的理由として市民の自発性・創造力の維持・尊重をあげることができよう。「抑圧は、少数の人々を自暴自棄に遂いやるとともに、大衆を政治問題にたいして全く不感症にしてしまう。自らの経験に則して考えることを禁じられた人々は、やがておよそ考えることを止めてしまう。考えることを止めた人々は、同時に、およそ本当の意味での市民であることを止めてしまうのである(H. Laski, *Liberty in The Modern State*, 1948)」ここでの市民は創意の主体、政治批判者として扱われ、表現の自由はたんに権利であるのみならず政治的義務と考えられるのである。

法的手段による抑制が表現の自由にたいして大きな限界をもつことも付加的にあげられよう。問題となった表現内容が真面目なものであり切実なものであればあるだけ、それにたいする法的抑制は避けられなければならない。歴史上かつてのキリスト教がそうだったし、現代のコムニズムがそうだろう。これはまえにあげた思想の真理性問題いぜんの、抑制の効果の問題である。社会的確信や道徳的信条の領域では、被治者の同意なき法の貫徹は、ただ問題の隠蔽と矛盾の拡大

大再生産を結果するにすぎない。

さて、なぜ表現の自由が保障されねばならないかをいじょうでごく簡単に要約した。次にこれを前提にしてその限界の問題を考えることにしよう。

3.

日本の場合には、表現の自由の制約は憲法第12条および第13条の規定を根拠とし、「公共の福祉」を名としてなされてきた。

チャタレー事件にかんする最高裁判決は、刑法第175条の合憲性を認定するにあたって「憲法の保障する各種の基本的人権について、それぞれに関する各条文に制限の可能性を明示していると否とにかかわらず、憲法12、13条の規定からして、その適用が禁止され、公共の福祉の制限の下にたつものであり、絶対無制限のものでない」「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなすことについては疑問の余地がない(昭32.2.13判決)」と述べているし、食糧緊急措置令第11条の合憲性を認定した昭和24年5月18日大法院判決はその理由として「(主食の供出制に反対し、売渡をしないよう煽動することは——筆者)政府の政策を批判し、その失敗を攻撃するに止まるものでなく、国民として負担する法律上の重要な義務の不履行を懲罰し、公共の福祉を害するものである。されば、かかる所為は、新憲法の保障する言論の自由の限界を逸脱し、社会生活において道義的に責むべきものであるから、これを犯罪として処罰する法規は新

憲法 21 条の条規に反するものではない
(最高裁判事判例集3-6-839)」と述べた。また、選挙動運としての文書図画の頒布、掲示に一定の規制を命じた法規（現在の公選法第146条）の効力を判断するにあたって「（もしこの法規がなければ——筆者）選挙運動に不当の競争を招き、これがため却って選挙の自由公正を害し、その公明を保持し難い結果をきたすおそれがある。——この程度の規制は、公共の福祉のため憲法上許された必要かつ合理的の制限と解することができる（昭30.3.30判決判例時報47号）」と述べている。

このような判例の傾向は、公共の福祉をエスケープクローズとする安易で粗雑な解決方法であって、表現の自由の憲法上の地位をいたずらに低下させるものだった。

これにたいし、比較的最近に、明瞭に対立する別の傾向があらわれた。破防法にかんする事件がその1つであり、公安条例事件がこれにつづく。

破防法第1号事件における釧路地裁の判決は「言論の自由は一切の暴力と専制主義の支配を排除し、民主主義の健全な発展を培う本質的要件である。従って言論の自由はたとい多少の行過ぎがあると認められても、これを刑罰法規によって制限することは慎重に考慮しなければならないところであって、これを制限するには社会公共の安全福祉に対し、明白かつ現在の危険の生じている時に限定すべきものである（昭29.9.15判決判例時報36号）」と述べ、この種の問題にたいする新しい態度を表明した。破防法第2号いかの事件の判決も、

判決文の表現に多少のニュアンスはあっても、共通して右の基本的態度が見いだされる。

公安条例事件として1つのエポックをつくった新潟県条例にかんする最高裁判決は、その一般理論ではたしかに右の破防法事件判決と共通点をもち、判例史の上で進歩的意義をになうものだった。

「これら（集団示威運動等——筆者）の行動について公共の安全に対し明らかに差し迫った危険を及ぼすことが予見されるときは、これを許可せず又は禁止することが出来る旨の規定を設けることも、これをもって直ちに憲法の保障する国民の自由を不当に制限することにはならないと解すべきである（昭29.11.24判決判例時報39号）」

しかし、この新しい傾向は、少なくともその1つの側面において、最近後退を示すにいたった。東京都ほか2自治体の公安条例の合憲性にかんする最高裁判決（昭35.7.26判決ジュリスト110号）は、集団行動が「純粹なる表現の自由の行使の範囲を逸脱し、静謐を乱し、暴力に発展する危険性のある物理的力を内包」する特殊性あるものと規定し、これら条例程度の法的規制は必要であるとし、（他方で自ら濫用のおそれを承認する）事前の抑制をもって合憲と認定した。この判決は、その論理の不明確、文章が簡単にすぎて要領を得ないこと、判例の連続性の欠如など全体として珍らしく不完全なものであったし、最高裁十年数の憲法判例史を通して、これほど著しい後退を示した例はなかったといつてよからう。

4.

アメリカ法に目を転じよう。

ここでは連邦憲法修正第1条「連邦議会は——言論および出版の自由を制限し、あるいは、人民の平穩に集会する権利を制限する法律を制定してはならない」が表現の自由を保障する直接の根拠である。

さてこの憲法の保障は絶対的なものか。絶対的保障と解する少数の学説(たとえば Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government*, 1948)はあるが、一般的には判例も学説もある種の言論、特定の条件における表現が禁止され得ることをみとめている。ただ、ここが重要なポイントになるわけだが、日本とちがうのは、漠然たる公共の福祉といった観念で、安直・粗雑に問題进行处理することなく、実証的で精緻な法理論を構成することによって、努めて自由を尊重しようとする基本的態度を崩さない点であろう。いか、アメリカ憲法判例が築きあげた基本権制約にかんする主要な理論を列記してみよう¹⁾。

第1は二重基準(double standard)の理論とよばれるもので、憲法上の権利を経済的なものと精神的なものに分類し、後者の優位をみとめるとともに、それぞれ別個の制約基準を立てるのである。(United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)など)

第2は立法の合憲性の推定の排除である。一般的に存在する合憲性の推定は、権力分立の理念と立法部尊重の民主制原理から根拠づけられるが、まえにあげた精神的自由の優位にかんがみこれを

制約する立法にたいしては合憲性の推定を排除する、あるいはむしろ違憲性の推定をみとめるのである(Thomas v. Collins, 323 U.S. 516, 530 (1945))。

第3は事前抑制の理論とよばれるコモンローに由来する考えで、表現の自由にたいしては、検閲のように事前に規制をなすことは許されないとする。可能なのはすべて事後的な司法手続による制裁にかぎることになる(Near v. Minnesota, 293 U.S. 293 (1931)など)。

第4は明確性の理論で、これは適法手続にも関係する立法一般の問題であるが、表現の自由の場合はその憲法上の優位のため、これを規制しようとする立法はとくに厳密な明確性を要求されるのである(United States v. Cohen Grocery Co., 255 U.S. 81 (1921)など)。

第5は表現を次の基準で類型化し、憲法的保護を受け得るものとそうでないものを区別しようと言う理論である。(i) 政治的表現かどうか²⁾ (ii) 公開された表現かどうか³⁾ (iii) 純粹に表現の段階に止まるものと行動の引金になる表現⁴⁾ (iv) 公にかんする表現と私的な表現それぞれ前者を憲法上保護されるべきものとするのである。

最後にホームズ原則として知られる明白かつ現在の危険 clear and present danger 理論がある。これについてはあらためて考察する。

註 1 これらの理論は、具体的事件にたいし、単独でよりも、いくつかを組合せて適用されることが通例である。

2 Meiklejohn, op. cit. p. 15

3 Dennis v. United States, 1951 など。

4 Masses Publishing Co. v. Pat-
ten, 244 Fed. 535 (S.D.N.Y. 1917)
など。

5.

右にあげた諸理論のうち最後のものがもっとも重要である。連邦最高裁判事オリバー・ウェンデル・ホームズ^(1841~1935)によって主唱されたこの著名な理論は1919年の1事件の判決で彼自らが述べた次の言葉にうまく要約されている。「question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent (Schenk v. United States, 1919, 249 U.S. 47)」今日まで、次に述べるように多少の消長がなかったわけではないが、表現の自由を保障する有力な武器としての役割を果たしてきた。

上に引用した事件は、はじめてホームズがこの原則を連邦最高裁の判決の中で述べたものであったし、また、それが全員一致の意見であった点でも画期的事件とされている。当時、社会党は、戦争はブルジョワジーの利益において勤労階級に犠牲を強いるものであり、また、徴兵制は最悪の形式での専制主義であると主張していた。こういう背景のもとで被告スケネクは、党書記長として、徴兵適格者は徴募に反対する権利がある旨を記したパンフレットを頒布したところ、防諜法違反として起訴されたのであった。ホ

ームズはこの判決で、平時には許される表現も戦時には「戦争遂行の努力の妨げとなるために、人々が戦っている間それを語ることが許されず、裁判所もそれが憲法上の権利によって保護されるものとは考えない」と述べたが、それは右に引用した基準に照らした結果の判断であった。

このようにして成立したこの原則は、それから約10年の間、不幸にして多数意見の採るところとならなかったが、ホームズは同僚ブランディスとともに、機会あるごとにこの原則を発展させていった。この時期の主要な事件は、第1にエブラムズ事件 (Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)) がある。ニューヨークの街頭でエブラムズなる男が逮捕された。彼はパンフレットを頒布していたのであるが、それには、大統領ウィルソンはロシア革命を妨げるため軍隊を出兵する臆病者である、世界の労働者は目ざめて起上り、ロシアの同胞を殺害する兵器の生産を中止せしむべきである、と言う意味の文句が記されていた。これも防諜法にもとづき、戦争遂行を妨げる意思で軍需物資の生産低下を促す罪として起訴されたわけである。さて最高裁は多数意見をもって有罪と判断したが、ホームズは、この場合は軍事行動が妨げられる明白かつ現在の危険はみとめられないとし、ブランディスとともに少数意見を書いた。その中で、現在の危険とは切迫した、即時の危険の意味であり、また、害悪は重大なものであることを要するなど、ホームズ原則の明確化がおこなわれた。第2の主要事件はギ

トロ事件 (*Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925)) である。当時、社会党左派は議会主義の否定、革命的方法の必要を主張していた。左派の幹部ギトローは機関紙《革命的時代》に1宣言を発表したが、それは、右の党方針にもとづき、広汎な大衆運動、大規模な政治ストの重要性を強調するものだった。当時のニューヨーク州には刑事無政府主義取締法があり、暴力その他の不法手段による政府の顛覆の必要性を唱え、教える行為を処罰の対象と規定していた。ギトローはこの法律違反とされたわけである。さてホームズは、ギトローの行為はこの原則に照らし許された表現であると認定したのち、さらに次のように書いている。「もしプロレタリア独裁として表現された信念が将来において結局社会の支配的勢力によって承認を受ける運命をもつとすれば、それにも発表の機会を与え、思うままにさせることこそ言論の自由の意味するところである」このほかホイットニー事件 (*Whitney v. California*, 247 U.S. 357 (1927)) もこの原則を発展させた主要な事件の1つであった。そこで少数意見を書いたブランディスは、現在の危険とは「議論によって虚偽と誤謬を明らかにし、教育によって害悪を避け得る時間的余裕」のない危険を意味すると説いた。

20世紀の30年代に入ると、ようやくこの原則は最高裁の多数を制することに成功した。そしていごつい最近まで約20年間にわたり支配的理論であった。この時期にホームズ原則は完成の域に達したと考えられる。制定法規自体の効力を左右する基準たる地位が認められたこと

と、表現の形式的側面(時・処・方法など)についての規制にたいしても基準たる地位が認められたことにそれが示されている。平和的ピケを非合法としたアラバマ州法第3448条は、労働争議の実態をひろく社会に知らせる平和的ピケが企業にたいする侵害の切迫した重大な危険をもたない場合にもこれをもって非合法となすものであるが、これは憲法の保障する自由の侵害であるから、右の州法規定自体が無効であるとしたソーンヒル事件 (*Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940)) は前者の例である。後者の例は伝統的コモンロー上の犯罪である裁判所侮辱罪にかんするブリッジス事件 (*Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941)) である。この事件で表現の自由の場所的条件の問題が提出され、司法の正常な運営、とくに裁判官の権威を維持することの利益が表現の自由を保障する利益と比較された。ホームズ・ブランドイス伝統を承継したラトレッジ、ダグラス、マーフィの各判事を代表して多数意見を書いたブラック判事は「相当の害悪の生ずる可能性がいかに大きくても、それだけでは表現の自由の制約を正当化できない。その害悪自体が実質的で重大でなければならない」と述べて「危険な傾向」で足りるとする少数意見を斥けた。

50年代になり冷戦の激化で対ソ恐怖感が滲透するにともない表現の自由の上にもその影響があらわれた。タフトハートレー法にかんするドッズ事件 (*American Communications Association v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950))、スミス法にかんするデニス事件 (*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)) とイエーツ事件 (*Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957)) な

どにあらわれた最高裁の態度は、従来のホームズ原則を一步後退したもので、これまでつねに少数意見を書いてホームズ原則を批判してきたフランクファーター、保守主義者のジャクソンの各判事が、ヴィンソン長官のもとに判例を修正する多数意見をつくり上げたのである。スミス法は日本の破防法に類似したものであるが、デニス事件もイエーツ事件もこの法律の合憲性をめぐって烈しい論争を巻き起した。判決はいずれも、明白かつ現在の危険が存しなくても、明白かつ有り得べき危険 (clear and probable danger) の存在さへ認定できれば、表現の自由を規制するに十分であるとした。「明白かつ現在の危険とは暴動がまさに起されようとして、計画が完了し、信号が発せられるのを待つばかりになるまで、政府が行動を起すのを待つべきであることを意味しない。政府の顛覆を目的とする団体がその構成員に教義を吹き込み、指導者が状況上許されると考えるとき断行する進路をおしつけようとしていることを政府が知るならば、政府は何らかの行動をとることが要求される」とする多数意見の立場は明らかにホームズ原則からの後退であった。ヴィンソン長官はこの原則への理解と好意を示しつつ、しかしそれが成立し完成した時代と今日との間には社会的安全の点で比較を困難にするほどの落差があるから、害悪の重大性が大であれば発生の明白性が小さくても、表現の自由の規制は正当とされねばならないと考えるのである。このような連邦最高裁の態度は、現長官ウォーレンの就任後

多少もとへ戻る傾向を見せつつあるといわれる。

6.

表現の自由は、現代の民主制国家の本質的要素であること、それは「表現」ととどまるかぎり最大限——ホームズ原則の示したような——まで保障されねばならないこと、現実にはしかし、時々の政治的影響を反映する裁判官の個人的判断に直接に依存していること、これらが、これまでの考察でほぼ明らかになったと思う。

わが国における表現の自由の実態は、今日までのところ、憲法規定の目ざすレヴェルからはかなり離れた地点にある。その原因が、国民大衆の自由な言論活動を嫌い独占資本の反憲法的本質とその反映である立法・行政部の反憲法的活動にあることはいうまでもないが、アメリカ同様司法優位のたてまえから、司法部の責任を何よりも重視しないわけにはいかない。新長官を迎えた最高裁が従来の態度を反省し、憲法保障機構としての使命に真に目ざめて、表現の自由にたいする正しい理解に達する日の近からんことを期待するゆえんである。